

“Análisis e implementación del régimen contravencional del Código de Aguas de la Provincia del Chubut”.

Mariana Chucair, Departamento Legal del Instituto Provincial del Agua, Chubut.

I.- Sumario.

El artículo 209 de la Ley XVII N° 53, Código de Aguas establece que las infracciones al mismo se sancionarán, entre otras, con multa cuyos topes máximos y mínimos; fijará el Poder Ejecutivo.

El decreto 1138/12 - modificado por el 1497/13-, cumplimenta tal recaudo al reglamentar una tipificación exhaustiva de las distintas contravenciones que pudieran suscitarse y las multas que en tal caso corresponderían, a la par que introduce precisiones procedimentales. En este marco, el trabajo tiene por objeto analizar la reglamentación vigente para valorar su implementación en la faz práctica y señalar los aspectos a mejorar.-

II.- Introducción.

Previo a abocarnos al análisis de los decretos, haré una breve referencia al contenido de las normas previstas en la Ley XVII N° 53, que los mismos reglamentan. Los artículos 209 a 213, contenidas en el Título II, Capítulo 2 de dicha Ley.

El Artículo 209 establece que las infracciones son pasibles de diversas sanciones,

- 1) multa, cuyos topes máximos y mínimos, determinará el Poder Ejecutivo,
- 2) indemnización del daño
- 3) suspensión del permiso o concesión
- 4) caducidad del permiso o concesión

Por el artículo 210, se prevé la instrucción de las actuaciones por un oficial sumariante.

En el siguiente, se alude al acceso de los infractores en todo momento a las actuaciones.

Se estipula el plazo de 10 días para satisfacer las sanciones pecuniarias.

La resolución es recurrible, dentro de los diez días de impuesta, previo pago de la multa, por recurso ante la Autoridad de aplicación quien deberá elevarlo al Juzgado de Paz de Primera

Instancia en lo Civil, con competencia en el lugar, imponiéndole a éste la fijación de una audiencia con intervención del presunto infractor y letrado apoderado de la actora.

Surge claramente del artículo 209 que, en relación a las sanciones previstas, la multa requería necesariamente de un decreto reglamentario del Poder Ejecutivo para poder ser aplicada, lo que se materializa con el dictado del Decreto 1138/12 modificado posteriormente por el Decreto 1497/13. Seguidamente, enunciare y analizaré las principales características de esta normativa.-

III.- Características del procedimiento contravencional.-

- **Adopta la unidad de medida módulo, en consonancia con la Ley de contrataciones provincial (Ley II N° 76), para determinar los mínimos y máximos de las multas,** fijando un rango elástico entre un número mínimo y máximo de módulos para cada infracción. (Este módulo se actualiza periódicamente por Decreto, siendo el valor actual \$ 2938).-
- **Tipifica las distintas infracciones:**

Infracción Código de Aguas (Ley XVII n 53)

Multa (en módulos)

Art .24.- Inexistencia de permiso o concesión para uso de aguas públicas, materiales en suspensión, álveos o lechos

De 3 a 100

Art. 25.- Utilización de agua en violación a las modalidades establecidas en el título de otorgamiento.

De 5 a 50

Art. 33.- Incumplimiento de mantener en buen estado y en condiciones normales de funcionamiento las obras o defensas construidas en cauce o márgenes

-Regular las derivaciones de agua en forma excesiva para la capacidad de los canales o trasgrediendo los límites cuantitativos de ley.

De 20 a 100

-No construir o instalar a su exclusiva costa las obras o mecanismos reguladores adecuados que determine la autoridad de aplicación

Art. 34.-Realización de actos que perjudiquen el libre escurrimiento de las aguas.	
-No remoción a costa propia del propietario del predio, de obstáculos del cauce, lecho playas fluviales y ribereñas que hayan tenido origen en sus predios: cuando esa remoción signifique una necesidad común o de interés general.	De 10 a 70
Art 77.- Incumplimiento por los regantes de informar a la autoridad de aplicación el plan de intención de riego, con detalle de cultivos o pasturas, superficies, fechas de siembra y superficies a tratar para recuperación de suelos.	De 5 a 50
Art 92.- Explotación de minerales en un radio no menor de 100 metros a contar desde el eje de la obra sin autorización de la autoridad de aplicación	De 5 a 50
Art. 97.- Obras realizadas por los concesionarios de agua con fines hidroeléctricos en violación a restricciones y obligaciones generales establecidas por el Código, su reglamentación.	De 10 a 100
Art. 109.- Eliminación de residuos en acuíferos no confinados	De 20 a 100
Art 115.- Ejecución de obra hidráulica sin aprobación de la autoridad de aplicación.	De 15 a 100
Art. 147.-Usos de aguas subterráneas cuyo alumbramiento dañe las condiciones naturales del acuífero o suelo o produzca interferencia con otros pozos o cursos de agua	De 15 a 100
Artículo 130 (agregado por Decreto 1497/13):	
-Realización de actividades prohibidas por la autoridad de Aplicación en las zonas de protección fijadas de cuencas, fuentes o cursos o depósitos de agua o el pasaje de animales, tala de árboles, alteración de vegetación en dichas zonas.	De 3 a 25
-Tala de árboles en márgenes de los cursos o depósitos de aguas naturales o artificiales sin permiso de la Autoridad de Aplicación	
-Fija pautas de procedimiento, al reglamentar los Artículos 210 y 211.	

Artículo 210.- “La Autoridad de Aplicación al tomar conocimiento de una posible infracción al Código de Aguas, designará un oficial sumariante para realización de una inspección, *o requerirá que la misma sea realizada por intermedio del Comité de Cuenca respectivo*. De la misma se labrará acta de comprobación consignando el hecho constatado-, la normativa violada y toda otra circunstancia que considere, a su juicio, de interés para dotarla de mayor fuerza convictiva, pudiendo utilizar registros fotográficos y todo otro medio de prueba que considere útil. El Oficial Sumariante redactará el acta de infracción, la que servirá de acusación, prueba de cargo y hará fe mientras no se pruebe lo contrario. Detalladamente, en dicha acta se hará constar lugar, día y hora que se verifica, nombre y apellido y/o razón social del presunto infractor, descripción del hecho verificado como infracción, refiriéndolo a la norma infringida y firma del oficial sumariante actuante. Salvo prueba en contrario se presumirá que el contenido del acta es exacto en todas sus partes. El acta será notificada al presunto infractor por medio fehaciente, haciéndole saber que cuenta con un plazo de 5 (cinco) días hábiles efectuar descargo y ofrecer prueba que estime haga a su derecho y que la falta de presentación del descargo generará una presunción iuris tantum en cuanto a la veracidad de los hechos imputados. Este plazo podrá ser ampliado en razón de la distancia aplicando supletoriamente lo dispuesto por el Código Procesal Civil y Comercial.

Asimismo, se le hará saber al presunto infractor que la regularización u ofrecimiento de recomposición en el plazo para efectuar el descargo o el que fije la Autoridad de Aplicación; se considerará como atenuantes de la multa...

Artículo 211.- Si el presunto infractor hubiera ofrecido prueba, el oficial sumariante dispondrá la apertura a prueba en un plazo de entre 30 y 60 días. El oficial sumariante podrá asimismo proponer la prueba que estime pertinente.

- Establece los criterios de valoración para la graduación de la multa, que surgen del art. 209 y 210, ambos en su parte final.

209 in fine ... “Para graduar las multas se tendrá en cuenta:

- a) El incumplimiento de advertencias o requerimiento de la inspección en los términos del artículo 5 inciso d) de la Ley XVII N° 53;
- b) la importancia económica del infractor;
- c) el carácter de reincidente. Se considerará reincidencia la comisión de una

infracción del mismo tipo dentro del plazo de un (1) año de haber quedado firme una resolución sancionatoria que imponga multa;

d) el perjuicio causado.

Y por el art. 210 ya reseñado, cabe merituar como atenuantes de la multa el ofrecimiento de regularización u ofrecimiento de recomposición.

-Reglamenta la vía recursiva interna.

Se prevee recurso jerárquico en los términos previstos por la Ley I N° 18 (Ley de Procedimiento administrativo) previo pago de la multa.

- Habilita a la Autoridad de Aplicación a dictar toda norma que sea necesaria para la implementación del Decreto

IV.- Análisis.-

El Artículo 210 pone en cabeza del oficial sumariante, la realización del acta de constatación, la cual debe ser circunstanciada, descriptiva del hecho verificado como infracción, precisando la normativa violada y firmada.

Vale decir que la mera contradicción de la conducta constatada con la normativa prevista en el Código de Aguas, configura la contravención, sin que sea dable exigir la comprobación de daño, siguiéndose al respecto la postura clásica, sostenida entre otros autores, por Marienhoff.¹

Asimismo, por una modificación introducida por el decreto 1497/13, se prevee la posibilidad de requerir que el acta sea realizada por intermedio del Comité de Cuenca, ello en consonancia La ley XVII N° 74, que como se señala en los considerandos del decreto ... *“ha regulado la conformación de los Comités de Cuenca como unidades territoriales de gestión, delegando en los Comités Ejecutivos de los mismos el poder de policía”...* y que *“..tal poder conlleva las facultades, atribuciones y limitaciones otorgadas por el Código de Aguas a la Autoridad de Aplicación, ello según explicita el artículo 10 inciso e) de la Ley mencionada; ... en razón de ello, procede facultar a los Comités Ejecutivos de los Comités de Cuenca a instruir los sumarios administrativos por hechos que*

¹ Véase Marienhoff, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”. T IV. Sexta edición actualizada. Reimpresión, pág. 463. Abeledo Perrot, 2011-

constituyan infracciones al Código de Aguas, en actuación coordinada con el Instituto Provincial del Agua”;

La presunción *iuris tantum* de la exactitud del contenido del acta es una derivación de la presunción de legitimidad de los actos administrativos.

El derecho de defensa, está garantizado con la posibilidad de descargo y producción de prueba tendiente a desvirtuar el acta.-

Por otro lado, el art. 213 del Decreto 1138/12 modificado por el 1497/13 introduce la posibilidad de interponer recurso jerárquico contra la multa, previo pago de la misma. Aquí tenemos que analizar dos cuestiones, una vinculada a la implementación de una vía recursiva administrativa no contemplada en el Artículo 213 de la Ley XVII N° 53 y la otra sobre la pertinencia de adoptar el principio “solve et repete”.-

Respecto al primer tema, personalmente entiendo que se ha incurrido en un exceso, dado que un presupuesto del desarrollo reglamentario para ejecutar la ley es, como bien señala Huthinson, ...“que la regulación administrativa no puede rebasar la ley (art. 28 C.N)”²... y, en este caso la reglamentación estaría extendiéndose en un supuesto no contemplado legalmente.

En relación a la segunda cuestión, cabe señalar que la aplicación del principio “solve et repete” en materia administrativa ha sido cuestionada, por entender que vulnera la garantía del debido proceso (Art. 18 de la CN y Artículo 8 del PSJCR) y el principio de razonabilidad (Art. 28 de la CN). Por su parte, Marienhoff restringe su aplicación en materia administrativa a supuestos excepcionales y previa disposición legal, así ha sostenido ...“ la multa fiscal, participa de los caracteres de los impuestos, cuya percepción tiende a que no se interrumpan los servicios del estado: de ahí la exigencia del pago previo a la acción de repetición. Pero en materia de multas administrativas, el pago previo sólo procede excepcionalmente cuando la norma respectiva, así lo disponga”³...

Siguiendo esta postura, la aplicación del principio solve et repete está justificada en el caso que nos ocupa por la previsión específica de la Ley XVII n° 53 y siempre y cuando no se alegue y pruebe que el monto de la multa, resulta desproporcionado en relación a la concreta capacidad económica del recurrente; imposibilitando el derecho de defensa, conforme lo ha

² Hutchinson, Tomás. “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo.” Tomo I., pág. 443. La Ley, Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2013.

³ Véase, Marienhoff ob. cit pág. 480.

interpretado la Corte Suprema, (Fallos 198:463; 236:582; 243:425; 272:30; 285:302; 287:473; 291:99; 295:314; 319:3415; 322:1284; 323:3012, entre otros). Así se ha sostenido, "... el alcance que cabe otorgar a lo dispuesto por el art. 8º inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -a la que el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional- es equivalente, en relación con el principio '*solve et repete*', a las excepciones que contemplan situaciones concretas de los particulares a fin de evitar que ese previo pago se traduzca, a causa de la falta comprobada e inculpable de los medios pertinentes para enfrentar la erogación, en un real menoscabo del derecho de defensa en juicio" (Fallos 322:1284, antes cit.), justificando la denegatoria del agravio a tales garantías si no ha sido alegada ni, consecuentemente probada, la desproporcionada magnitud del monto exigido en relación a la concreta capacidad económica del recurrente (Fallos 247:181; 250:208; 249:587, entre otros); tal tesitura ha sido confirmada en ("Gubelco S.R.L.", sent. del 5-VI-2007, Fallos 328:2938; "Compañía de Circuitos Cerrados", sent. del 9-III-2010, Fallos 333:161; "Asesores Industriales", sent. 30-XI-2010; Fallos 333:2251).

V.- Implementación del Régimen Contravencional.

Previo a emitirse el Decreto 1138/12, se venían realizando diversas acciones de difusión de las misiones y funciones del Instituto Provincial del Agua -IPA- (ente autárquico, creado por Ley XVII N° 88, que reviste el carácter de autoridad de aplicación del Código de Aguas). A partir de la vigencia de la normativa reglamentaria, los primeros pasos se orientaron hacia la formulación de advertencias y/o instar la regularización de permisos, control de obras hidráulicas realizadas sin permiso, etc.; ordenando la readecuación en caso de que fuera necesario. Fracasada esta instancia, recién se daba curso al procedimiento sumarial.-

En este contexto, resultó de gran utilidad, el hecho de que prácticamente al mismo tiempo de publicación del Decreto en el Boletín Oficial, (agosto 2012) el organismo había aprobado por Resolución 87/12, la Declaración Jurada obligatoria de usuarios de aguas pública, (posteriormente prorrogada por Resoluciones 121/12 y 151/12), que estos debían presentar tendiente a relevar los antecedentes respecto de los tipos de usos, volumen, existencia de obras hidráulicas, permisos. Utilizando en gran parte esta información, se procedió a intimar a los usuarios de agua sin permiso, otorgándoles un plazo de 30 días para que regularicen su situación, bajo apercibimiento de iniciar el procedimiento contravencional.

Asimismo, se realizó una jornada de capacitación con los agentes que actúan como oficiales sumariantes a fin de optimizar su labor y paralelamente, en la instrucción del procedimiento, se ha procurado la comunicación fluida con el área legal, para despejar dudas procedimentales.

VI.- Valoración de la implementación.-

El régimen contravencional posibilitó sancionar a infractores de distinta importancia económica. Por su parte, las acciones de concientización, charlas, talleres educativos han coadyuvado a incrementar el número de consultas e inicio de procedimientos formales para obtener permisos de agua, regularizaciones y/o solicitud de autorización para realizar obras hidráulicas.-

No obstante, la utilización de aguas sin permiso, o en violación a la modalidad establecida en el título, la realización de actos que perjudiquen el libre escurrimiento y las obras hidráulicas sin autorización (infracciones a los artículos, 24, 25, 34 y 115 respectivamente), suelen ser las infracciones más frecuentes.

Por otro lado, es destacable el trabajo que en muchos casos se coordina con otros organismos, especialmente con el Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable para lograr un ejercicio más eficaz del poder de policía.-

Los Comité de Cuencas, pese a la legitimación conferida por el Decreto 1497/13, no se han involucrado, -en la práctica-, en la instrucción de sumarios, aunque cooperan elevando al organismo denuncias sobre presuntas infracciones.-

Es necesario continuar trabajando en la capacitación de los agentes que actúan como oficiales sumariantes, para evitar vicios en las actas que acareen planteos de nulidad.

El recurso jerárquico contra las resoluciones del Administrador de Recursos Hídricos(máx. autoridad del IPA) que impongan multa, no ha demostrado ser eficaz., al tener que ser resuelto por el Ministro de Infraestructura Planeamiento y Servicios Públicos, por ser el IPA un organismo creado dentro de la órbita de dicho Ministerio- art. 45 de la Ley XVII N 88- por ello se sugiere al respecto, la modificación de este punto, siguiendo lo establecido en la Ley.